



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2015

Konzerne als Adressaten des Kartellrechts

Heinemann, Andreas

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-110512>

Book Section

Published Version

Originally published at:

Heinemann, Andreas (2015). Konzerne als Adressaten des Kartellrechts. In: Hochreutener, Inge; Stoffel, Walter A; Amstutz, Marc. Wettbewerbsrecht: jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung: Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht. Zürich: Schulthess Verlag, 49-65.



Institut Droit et Economie
Institut für Recht und Wirtschaft

RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT UNIVERSITÄT FREIBURG
FACULTE DE DROIT UNIVERSITE DE FRIBOURG

Inge Hochreutener/Walter Stoffel/Marc Amstutz (Hrsg.)

**Wettbewerbsrecht:
Jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung.
Konzernsachverhalte und Konzernbegriff
aus kartellrechtlicher Sicht**

**Droit de la concurrence :
Les destinataires de décisions
dans les groupes de sociétés**

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Growth Publisher Law, Bern 2015

ISBN 978-3-906235-02-8 (Growth Publisher Law)

Vertriebskooperation mit Schulthess Juristische Medien AG

ISBN 978-3-7255-7145-1 (Schulthess Juristische Medien AG)

www.growthpublisher-law.ch

www.schulthess.com

Konzerne als Adressaten des Kartellrechts

Andreas Heinemann¹

Inhaltsverzeichnis

- I. Ausgangspunkt
- II. Terminologie
- III. Grundkonzeption
 - A. Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Kartellrecht
 - B. Zivilrechtliche Sichtweise
 - C. Kartellrechtliche Sichtweise
 - D. Folgerungen
- IV. Rechtsvergleichende Betrachtung
 - A. Ansätze eines (Kartell-)Konzernrechts in Deutschland
 - B. Regelungsgrundsätze im europäischen Kartellrecht
 - C. Normadressat im europäischen Kartellrecht
 - D. Diskussion der 100-Prozent-Vermutung
 - E. Sanktionsadressat im europäischen Kartellrecht
- V. Rechtslage in der Schweiz
 - A. Ausgangspunkt
 - B. Formelle und materielle Verfügungsadressaten
 - C. Diskussion
- VI. Stellenwert von Compliance-Programmen
- VII. Ausblick
- Literatur

I. Ausgangspunkt

Die Bildung von Konzernen erfolgt aus den unterschiedlichsten Gründen, z.B. Rationalisierung, Diversifizierung, Outsourcing, Internationalisierung oder als Folge aus dem Zukauf anderer Unternehmen.² Der Konzern wird üblicherweise als Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbständiger (Kapital-)Gesellschaften unter einheitli-

¹ Prof. Dr. iur., Ordinarius an der Universität Zürich, Vizepräsident der Wettbewerbskommission. Der Verfasser bringt seine persönliche Auffassung zum Ausdruck.

² Zu den Motiven für Konzernbildung s. näher VON BÜREN, in VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1585 ff.

cher Leitung definiert; die Einzelheiten der Begrifflichkeit variieren aber in der Zeit und zwischen den Rechtsgebieten. So erfolgte im Rechnungslegungsrecht zum 1. Januar 2013 der Übergang vom Leitungs- zum Kontrollprinzip: Für die Zwecke der konsolidierten Rechnungslegung ist es nicht mehr erforderlich, dass tatsächlich einheitliche Leitung ausgeübt wird,³ sondern Kontrolle reicht aus, selbst wenn sie faktisch nicht wahrgenommen wird.⁴

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dem Konzernphänomen aus kartellrechtlicher Perspektive. Es wird sich zeigen, dass nicht nur beim Begriff des Konzerns, sondern auch bei seiner rechtlichen Behandlung Besonderheiten bestehen. Dies ist im Recht kein einmaliger Vorgang, im Gegenteil: Es ist anerkannt, dass ein- und dasselbe Phänomen in den verschiedenen Rechtsgebieten je nach Zielrichtung des Gesetzes unterschiedlich behandelt werden kann. Sogar identische Begriffe können eine unterschiedliche Auslegung erfahren.⁵

Im Folgenden soll zunächst die Terminologie präzisiert (II.), die Grundkonzeption der kartellrechtlichen Konzernhaftung erläutert (III.) und eine rechtsvergleichende Betrachtung angestellt werden (IV.), bevor auf die Rechtslage in der Schweiz eingegangen (V.) und der Stellenwert von Compliance-Programmen ergründet wird (VI.). Den Abschluss bildet ein Ausblick auf Verbesserungsmöglichkeiten (VII.).

II. Terminologie

Im Zentrum des Zivilrechts stehen in römischrechtlicher Tradition Personen, nämlich die natürlichen (Art. 11 ff. ZGB) und die juristischen Personen (Art. 52 ff. ZGB). Beispiele für letztere sind die Kapitalgesellschaften, z.B. AG und GmbH.⁶ Das Kartellgesetz benutzt (bis auf wenige, hier nicht relevante Ausnahmen⁷) nicht die Begriffe

3 So noch Art. 663e Abs. 1 aOR in der bis zum 1. Januar 2013 geltenden Fassung. Gem. Art. 2 Abs. 3 der Übergangsbestimmung zur Änderung des OR vom 23.12.2011 (Revision des Rechnungslegungsrechts) gilt die Vorschrift provisorisch weiter, bis sie 2017 endgültig ausser Kraft tritt.

4 S. Art. 963 OR. Kontrolle liegt nach Absatz 2 dieser Vorschrift vor, wenn eine juristische Person direkt oder indirekt über die Mehrheit der Stimmen im obersten Organ einer anderen Gesellschaft verfügt, direkt oder indirekt über das Recht verfügt, die Mehrheit der Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu bestellen oder abzuwählen, oder wenn aufgrund der Statuten o.ä. beherrschender Einfluss ausgeübt werden kann. S. auch BÖCKLI, S. 209 f., der darauf hinweist, dass der Übergang vom Leitungs- zum Kontrollprinzip nur für das Rechnungslegungsrecht, nicht aber auch für das Gesellschaftsrecht gelte.

5 So existiert kein einheitlicher Unternehmensbegriff, s. LEHNE, BSK-KG Art. 2 N 7. Auch erfährt der Begriff von „Treu und Glauben“ in Art. 2 UWG eine andere Ausprägung als in Art. 2 ZGB, s. z.B. HILTY, BSK-UWG Art. 2 N 33.

6 Die Rechtssubjektivität der juristischen Personen setzt (die konstitutiv wirkende) Eintragung in das Handelsregister voraus, s. Art. 52 Abs. 1 ZGB, Art. 643 und 779 OR.

7 S. Art. 9 Abs. 3, 43 Abs. 1 lit. a KG.

Gesellschaft oder Person. Von zentraler Bedeutung ist vielmehr der Begriff des Unternehmens, und zwar sowohl beim Geltungsbereich und dem materiellen Kartellrecht, z.B. in Art. 2, 5 und 7 KG, als auch in den Sanktionsvorschriften, z.B. Art. 49a Abs. 1 KG: Nicht die Person oder die Gesellschaft, sondern das *Unternehmen* wird mit einem bestimmten Betrag belastet.

Nach Art. 2 Abs. 1^{bis} KG „gelten“ als „Unternehmen [...] sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- und Organisationsform“. Art. 2 Abs. 1 KG stellt klar, dass sowohl Unternehmen des privaten als auch des öffentlichen Rechts von dieser Definition erfasst werden. Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 1^{bis} KG⁸ folgt, dass die Unternehmenseigenschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit voraussetzt. Es kommt allein auf die wirtschaftlich selbständige Teilnahme am Wirtschaftsprozess an. Damit gilt im schweizerischen Kartellrecht der funktionale Unternehmensbegriff, der durch die Spezialnorm des Art. 2 Abs. 1^{bis} KG sogar ausdrücklichen Niederschlag im Gesetz gefunden hat.⁹

III. Grundkonzeption

A. Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Kartellrecht

Der funktionale Unternehmensbegriff ist Ausdruck der wirtschaftlichen Betrachtungsweise im Kartellrecht: Die rechtliche Beurteilung hängt nicht von der formalen Einkleidung, sondern von der wirtschaftlichen Realität ab.¹⁰ Nicht die Rechts- oder Organisationsform, nicht einmal die Rechtsfähigkeit, sondern die wirtschaftliche Selbständigkeit eröffnet den persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes. Es besteht in dieser Hinsicht ein fundamentaler Unterschied zwischen Kartell- und Zivilrecht.

8 Die Bestimmung wurde in Reaktion auf den SMA-Entscheid des Bundesgerichts (BGE 127 II 32) in die KG-Revision von 2003 aufgenommen. Im SMA-Entscheid hatte das Bundesgericht den persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes auf Organisationseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit verengt und die Unternehmenseigenschaft der Schweizerischen Meteorologischen Anstalt, die damals (keine Anstalt im Rechtssinn, sondern) eine blosse Verwaltungseinheit der Zentralverwaltung war, verneint. Das Bundesgericht bewertete die Verfügung der Wettbewerbskommission gegen die SMA deshalb „als derart falsch, dass sie geradezu als nichtig zu beurteilen ist“ (E. 3b), und ihr „keinerlei Rechtswirkungen zuzumessen sind“ (E. 3h).

9 Das europäische Kartellrecht folgt ebenfalls dem funktionalen Unternehmensbegriff. Es existiert hierzu zwar keine gesetzliche Regelung, aber eine ständige Rechtsprechung, s. beispielsweise die Nachweise von EMMERICH, in IMMENGA/MESTMÄCKER (Hrsg.), Art. 101 Abs. 1 AEUV N 7 f.

10 Vgl. Generalanwältin KOKOTT (EuGH), Schlussantrag vom 29.11.2012, Rs. C-440/11 P – *Kommission/Stichting Administratiekantoor Portielje*, Tz. 72: „Den Ausschlag geben aber letztlich die wirtschaftlichen Realitäten. Denn das Wettbewerbsrecht orientiert sich nicht an Formalien, sondern am tatsächlichen Verhalten von Unternehmen“.

B. Zivilrechtliche Sichtweise

Dies hat Konsequenzen für die Konzernthematik. Hier ist zwischen einer *zivilrechtlichen* und einer *kartellrechtlichen* Sichtweise zu unterscheiden. Im Zivilrecht (einschliesslich des Gesellschaftsrechts) gilt das Trennungsprinzip. Träger von Rechten und Pflichten sind natürliche und juristische Personen, nicht der Konzern.¹¹ Für jede Person ist der Schuldnerstatus gesondert zu prüfen. Im Grundsatz haftet eine Konzerngesellschaft nicht für Verbindlichkeiten anderer Gesellschaften desselben Konzerns, also auch nicht die Muttergesellschaft für die Schulden von Tochtergesellschaften.¹² Etwas anderes gilt nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund besteht, z.B. aus Rechtsgeschäft (Schuldbeitritt, Bürgschaft, bestimmten Patronatserklärungen), den Verantwortlichkeitsregeln,¹³ Rechtsmissbrauch oder den (restriktiv zu handhabenden) Regeln über das Konzernvertrauen¹⁴.

C. Kartellrechtliche Sichtweise

Teilweise wird gefordert, diese Prinzipien auf das Kartellrecht zu übertragen. Die Haftung von Konzernmüttern für Kartellrechtsverstösse anderer Konzerngesellschaften wird bei Fehlen eigener Teilnahme oder eines besonderen Verpflichtungsgrunds folglich abgelehnt.¹⁵ Die zivilrechtliche Sicht lässt sich aber schon deshalb nicht auf das Kartellrecht übertragen, weil Adressaten der Kartellrechtsnormen, wie bereits ausgeführt, nicht Personen oder Gesellschaften, sondern Unternehmen sind.¹⁶ Sind also mehrere Gesellschaften unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, wenden sich die Kartellrechtsnormen an die wirtschaftliche Einheit. Für kartellrechtliches Fehlverhalten haftet folglich der Gesamtkonzern.

Es ist eine terminologische Frage, ob man die einzelnen Konzerngesellschaften überhaupt noch als „Unternehmen“ bezeichnen, oder ob man diesen Begriff dem Gesamt-

11 Bei Gebilden mit Teilrechtsfähigkeit ist jeweils im Einzelfall zu klären, wie weit die Teilrechtsfähigkeit reicht.

12 S. nur VON BÜREN, in VON BÜREN/STOFFEL/WEBER, N 1591, 1669.

13 S. z.B. BÖCKLI. In der gesellschaftsrechtlichen Literatur wird aufgrund der möglichen Divergenzen zwischen Konzerninteresse und Gesellschaftsinteressen häufig der paradoxe Charakter des Konzerns unterstrichen (ibid., S. 206). Auf die kartellrechtliche Bewertung des Konzerns trifft diese Beschreibung nicht zu, da hier von vornherein eine Gesamtbetrachtung des Konzernunternehmens stattfindet.

14 S. zuletzt den *Systor*-Entscheid des Bundesgerichts vom 8.2.2010, 4A-306/2009, beispielsweise E. 5.1: „Eine Haftung entsteht nur, wenn die Muttergesellschaft durch ihr Verhalten bestimmte Erwartungen in ihr Konzernverhalten und ihre Konzernverantwortung erweckt, später aber in treuwidriger Weise enttäuscht. Das blosse Bestehen einer Konzernverbindung vermag somit keine Grundlage für eine Vertrauenshaftung abzugeben. Schutzwürdiges Vertrauen setzt ein Verhalten der Muttergesellschaft voraus, das geeignet ist, hinreichend konkrete und bestimmte Erwartungen zu wecken“ (unter Hinweis u.a. auf BGE 124 III 297 – *Motor-Columbus*).

15 S. z.B. GEHRING/KASTEN/MÄGER, 4 ff.; HOFSTETTER/LANG, 242 ff.; THOMAS, 493.

16 In diesem Sinn z.B. ACKERMANN, 343 ff.; BOURKE; KERSTING; KÖHLER.

konzern vorbehalten sollte. Dies ist vom Zusammenhang abhängig zu machen. Beim persönlichen Geltungsbereich und beim materiellen Kartellrecht sollte unter „Unternehmen“ der Konzern verstanden werden.¹⁷ Im Kontext der Sanktionen müssen dagegen bestimmte Rechtsträger identifiziert werden, denen die Verfügung zugestellt werden kann. Art. 49a Abs. 1 S. 1 KG verwendet hierfür ebenfalls den Begriff des „Unternehmens“. Gemeint ist hiermit die konkrete Konzerngesellschaft, die für den Kartellrechtsverstoss des Konzerns haftbar gemacht wird.¹⁸

D. Folgerungen

Es ist kartellrechtlich nicht zutreffend (und nur aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive nachvollziehbar), in diesem Zusammenhang von „Durchgriff“ zu sprechen.¹⁹ Adressat der kartellrechtlichen Normen ist von vornherein der (Gesamt-)Konzern. Dies hat einerseits zur Konsequenz, dass Abreden zwischen Gesellschaften desselben Konzerns den Wettbewerb in der Regel nicht beschränken können (Konzernprivileg).²⁰ Andererseits kann die Verletzung des Kartellrechts durch eine Konzerngesellschaft die Verantwortlichkeit des Gesamtkonzerns auslösen.

Die auf der Grundlage der zivilrechtlichen Sichtweise hiergegen vorgetragene Kritik kann nicht überzeugen. Sie verkennt die Unterschiede zwischen den Regelungsanliegen von Zivil- und Kartellrecht und nimmt einen Primat der zivilrechtlichen Konstruktion über die wirtschaftliche Betrachtungsweise des Kartellrechts an, der nicht existiert. Eine Normenhierarchie zwischen Zivil- und Kartellrecht besteht nicht. Die kartellrechtliche Gesamtverantwortung des Konzerns dient auch dazu, Anreize zur Auslagerung kartellgeneigter Tätigkeiten in Tochtergesellschaften von vornherein auszuschalten. Insofern vermag allein die kartellrechtliche Sichtweise eine effektive Kartellrechtsdurchsetzung zu gewährleisten.

17 WETTBEWERBSKOMMISSION, 29.11.2010 - *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*, RPW 2011/I, 96, 109 Rz. 95: „Dies führt dazu, dass bei Konzernen die rechtlich selbständigen Konzerngesellschaften mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes darstellen. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes“.

18 Näher hierzu unten V.

19 So beispielsweise GEHRING/KASTEN/MÄGER, 6.

20 ZÄCH, N 256.

IV. Rechtsvergleichende Betrachtung

A. Ansätze eines (Kartell-)Konzernrechts in Deutschland

Die gesetzgeberischen Anstrengungen zur Regelung der Konzernproblematik verhalten sich umgekehrt proportional zur praktischen Bedeutung der Materie. Nur selten traut sich der Gesetzgeber an das Konzernrecht heran; die Regelung im deutschen Aktiengesetz (§ 18, §§ 291 ff. AktG über verbundene Unternehmen) ist eine Ausnahme. Noch seltener sind Regeln zu den kartellrechtlichen Aspekten der Konzernierung. Das deutsche Kartellgesetz enthält für das Bussgeldverfahren in § 81 Abs. 4 S. 3 GWB²¹ immerhin folgende Vorschrift:

«Bei der Ermittlung des Gesamtumsatzes ist der weltweite Umsatz aller natürlichen und juristischen Personen zugrunde zu legen, die als wirtschaftliche Einheit operieren.»

Die Vorschrift trifft zwar keine Aussage zur Begründung der Konzernverantwortung. Sie stellt aber immerhin in Bezug auf die Rechtsfolgen fest, dass bei Ermittlung der Obergrenze²² für das Bussgeld der weltweite Konzernumsatz heranzuziehen ist.

B. Regelungsgrundsätze im europäischen Kartellrecht

Im europäischen Kartellrecht fehlt eine legislatorische Regelung. Die kartellrechtliche Bewertung von Konzernsachverhalten wurde aber durch eine bemerkenswert dichte Fallpraxis der Europäischen Kommission und durch Entscheide des Gerichts und des Gerichtshofs geklärt. Ihr liegt die Unterscheidung zwischen *Normadressat* und *Sanktionsadressat* zugrunde. Normadressat der materiellrechtlichen Regeln ist das Unternehmen als wirtschaftliche und nicht notwendigerweise rechtliche Einheit. Sanktionsadressat können hingegen nur (natürliche oder juristische) Personen sein, da Verfügungen an bestimmte Rechtsträger zugestellt werden müssen. Es ergibt sich hierdurch eine zweistufige Vorgehensweise: Bei der Prüfung der kartellrechtlichen Tatbestände wird die wirtschaftliche Einheit identifiziert, von welcher der Kartellrechtsverstoss ausgegangen ist. Für die Konkretisierung durch Verfügungen und allfällige Sanktionen sind die Personen zu identifizieren, denen der Kartellrechtsverstoss zugerechnet werden kann.

21 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I 1750, 3245).

22 Im deutschen Kartellrecht fungiert die 10-Prozent-Regel (die Geldbusse darf 10 % des jährlichen Gesamtumsatzes nicht übersteigen) im Gegensatz zum europäischen Kartellrecht als Ober-, nicht als Kapazitätsgrenze, s. BGH, Beschluss vom 26.2.2013, KRB 20/12 – Grauzementkartell.

C. Normadressat im europäischen Kartellrecht

Seit dem ICI-Entscheid aus dem Jahr 1972 geht der Europäische Gerichtshof davon aus, dass Muttergesellschaften unter bestimmten Voraussetzungen für Kartellrechtsverstöße von Tochtergesellschaften haften müssen.²³ 2009 hat der Europäische Gerichtshof die massgeblichen Grundsätze im *Akzo Nobel*-Entscheid zusammengefasst:

«Nach ständiger Rechtsprechung kann einer Muttergesellschaft das Verhalten ihrer Tochtergesellschaft insbesondere dann zugerechnet werden, wenn die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt [...], und zwar vor allem wegen der wirtschaftlichen, organisatorischen und rechtlichen Bindungen, die die beiden Rechtssubjekte verbinden [...]. Dies liegt darin begründet, dass in einem solchen Fall die Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaft Teil ein und derselben wirtschaftlichen Einheit sind und damit ein Unternehmen [...] bilden.»²⁴

Zwei Voraussetzungen müssen für das Vorliegen wirtschaftlicher Einheit erfüllt sein: Erstens muss die Muttergesellschaft die *Möglichkeit* haben, einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der Tochtergesellschaft auszuüben.²⁵ Zweitens muss sie von dieser Möglichkeit auch *tatsächlichen* Gebrauch gemacht haben, was eine Gesamtbetrachtung erforderlich macht. Nach der *Stora*-Vermutung wird angenommen, dass ein tatsächlicher Einfluss ausgeübt wird, wenn die Muttergesellschaft (nahezu²⁶) 100% des Kapitals ihrer Tochtergesellschaft hält.²⁷ Im Übrigen ist eine Einzelfallanalyse auf der Grundlage des gesamten rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs vorzunehmen, wobei der Nachweis der tatsächlichen Ausübung des bestimmenden Einflusses auch auf einem Indizienbündel beruhen kann.²⁸

23 EuGH, 14.7.1972, Rs. 48/69 – *ICI/Kommission*, Slg. 1972, 619 (665).

24 EuGH, 10.9.2009, Rs. C-97/08 P – *Akzo Nobel u.a.*, Slg. 2009, I-8237, Tz. 58 f.

25 Z.B. aufgrund von Anteilsmehrheit. Auch bei Minderheitsbeteiligungen kann die Möglichkeit bestimmenden Einflusses bestehen, wenn nämlich andere Rechte hinzutreten, die über diejenigen eines Minderheitsaktionärs hinausgehen, s. EuG, 12.7.2011, Rs. T-132/07 – *Fuji Electric/Kommission*, Slg. 2011, II-4091, Tz. 183.

26 Die Vermutung wurde auf Fälle erstreckt, in denen die Beteiligung zwar unter 100 % liegt, aber nahezu das gesamte Kapital der Tochtergesellschaft ausmacht, s. z.B. EuGH, 3.5.2012, Rs. C-289/11 P – *Legrís Industries/Kommission*, Tz. 48 (noch nicht in der amtlichen Sammlung).

27 EuGH, 16.11.2000, Rs. C-286/98 P – *Stora Kopparbergs Bergslas/Kommission*, Slg. 2000, I-9925, Tz. 29. In diesem Sinn bereits EuGH, 25.10.1983, Rs. 107/82 – *ÆG/Kommission*, Slg. 1983, 3151, Tz. 50.

28 S. EuG, 12.7.2011, Rs. T-132/07 – *Fuji Electric/Kommission*, Slg. 2011, II-4091, Tz. 183: „Die Kommission kann daher mit Hilfe eines Indizienbündels den Nachweis für die tatsächliche Ausübung eines bestimmenden Einflusses erbringen, selbst wenn jedes einzelne dieser Indizien für sich genommen nicht hinreichend beweiskräftig ist“.

Besonderer Hervorhebung bedarf die Tatsache, dass sich der bestimmende Einfluss nicht speziell auf das operative Geschäft, z.B. die Preispolitik der Tochtergesellschaft beziehen muss. Er wird vielmehr als generelle Beeinflussung der Strategie der Tochtergesellschaft verstanden und gründet insofern auf der Gesamtheit der rechtlichen und wirtschaftlichen Verbindungen.²⁹ Bestimmender Einfluss wird also nicht durch die Autonomie der Tochtergesellschaft im Tagesgeschäft ausgeschlossen. Er kann z.B. auch über die Konzernstrategie, Geschäftspolitik und Geschäftspläne, Investitionsentscheide, Planung der Produktpalette und Werbeaktionen sowie personelle Verflechtungen ausgeübt werden. Zu unterstreichen ist die Tatsache, dass die Haftung in diesen Fällen auf der wirtschaftlichen Einheit beruht und nicht etwa darauf, dass die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft zur Tat angestiftet hat oder sich auf andere Weise hieran unmittelbar beteiligt hat. In solchen Fällen stünde die Verantwortlichkeit der Muttergesellschaft schon nach den allgemeinen Regeln über die Täterschaft fest.

Der bestimmende Einfluss ist von der Kommission konkret zu beweisen, z.B. mit Hilfe des bereits erwähnten Indizienbündels. Das Gericht (der EU) als Tatsacheninstanz prüft eingehend, ob die Europäische Kommission den Beweis für die tatsächliche Ausübung des bestimmenden Einflusses erbracht hat. Ist dies nicht der Fall, kommt es nicht zur Haftung der Muttergesellschaft.³⁰

D. Diskussion der 100-Prozent-Vermutung

Der Einzelnachweis der tatsächlichen Ausübung bestimmenden Einflusses ist nicht erforderlich, wenn bei Anteilen von (nahezu) 100 Prozent die bereits erwähnte *Stora*-Vermutung greift. Die 100-Prozent-Vermutung ist in der Literatur kritisiert worden. Einerseits werden Zweifel an ihrer Vereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung geäußert.³¹ Andererseits wird kritisiert, dass die 100-Prozent-Vermutung praktisch nicht widerlegbar sei.³²

29 S. die eingehend Analyse von SKOCZYLA, S. 54 ff. Aussagekräftig EuG, 6.3.2012, Rs. T-64/06 – *FLS Plast/Kommission*, Tz. 31 (noch nicht in der amtlichen Sammlung und nicht rechtskräftig): "In order to assess whether a subsidiary decides independently upon its own conduct on the market, it is not appropriate merely to take account of the fact that the parent company influences pricing policy, production and distribution activities, sales objectives, gross margins, sales costs, cash flow, stocks and marketing. Account must also be taken of all the relevant factors relating to the economic, organisational and legal links between the subsidiary and the parent company, which may vary from case to case and cannot, therefore, be exhaustively listed".

30 S. z.B. den soeben zitierten *FLS Plast*-Fall: Für das Jahr 1991 war der Europäischen Kommission der Nachweis bestimmenden Einflusses nach Auffassung des Gerichts nicht gelungen, so dass der Entscheid insoweit aufgehoben wurde, s. zur diesbezüglichen Prüfung EuG, 6.3.2012, Rs. T-64/06 – *FLS Plast/Kommission*, Tz. 36–46 (noch nicht in der amtlichen Sammlung).

31 S. z.B. THOMAS, 492 f.

32 S. z.B. HOFSTETTER/LUDESCHER, 60.

Was die Unschuldsvermutung betrifft, so ist zu unterstreichen, dass die Europäische Kommission die Beweislast für alle Tatbestandsmerkmale des Art. 101 Abs. 1 AEUV trägt, s. Art. 2 S. 1 der EU-Kartellverordnung³³. Sie muss folglich auch beweisen, dass ein bestimmtes Unternehmen am Kartell beteiligt war. Die *Stora*-Vermutung ändert hieran nichts. Sie erleichtert lediglich die Beweiswürdigung in Bezug auf die Frage, wann wirtschaftliche Einheit vorliegt.³⁴ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat anerkannt, dass solche Beweisregeln mit der Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK vereinbar sind, wenn sie im Interesse einer effektiven Rechtsdurchsetzung erforderlich sind, innerhalb vernünftiger Grenzen bleiben und die Verteidigungsrechte aufrechterhalten.³⁵ Diese Voraussetzungen sind im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Konzernproblematik erfüllt. Es liegt nahe, dass bei einer 100-Prozent-Beteiligung bestimmender Einfluss vorliegt.³⁶ Es ist sachgemäss, in diesen Fällen der Muttergesellschaft eine Obliegenheit zur Offenlegung des einschlägigen Beweismaterials aufzuerlegen, zumal es um interne Vorgänge zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft geht.

Die Konformität mit der Unschuldsvermutung setzt aber voraus, dass die *Stora*-Vermutung nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Praxis widerlegbar ist. Dies ist der Fall: Die betroffenen Gesellschaften haben zu zeigen, dass die Tochtergesellschaft eigenständig auf dem Markt aufgetreten ist, z.B. durch Beweise, welche das Vorliegen einer eigenen Geschäftspolitik der Tochtergesellschaft belegen. In diesem Zusammenhang wäre eine Präzisierung angeraten, die mit dem Unterschied zwischen „Beweis des Gegenteils“ und „Gegenbeweis“ zusammenhängt.³⁷ Die Rechtsprechung ist nicht eindeutig im Hinblick darauf, welche Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung zu stellen sind. Im *Stora*-Fall hat der Europäische Gerichtshof ausgeführt, dass es ausreiche, die Annahme bestimmenden Einflusses „durch hinreichende Beweise zu entkräften“.³⁸ Diese Formulierung lässt also einen blossen „Gegenbeweis“ ausreichen.³⁹ In anderen Fällen scheint der Gerichtshof hingegen den hierüber hinausgehenden „Beweis des Gegenteils“ verlangt zu haben.⁴⁰ Effektivität der Kartellrechts-

33 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln vom 16.12.2002, ABl. 2003 L 1/1.

34 KOKOTT/DITTERT, 675 f.

35 S. beispielsweise EGMR, 7.10.1988, Rechtssache 10519/83 – *Salabiaku v. France*, Tz. 28 (in Bezug auf Vermutungen zu Lasten des Angeklagten im Strafrecht).

36 ROTH, Commentaire Romand – Droit de la concurrence, Rem. art. 49a-53 LCart, N 36.

37 S. zu dieser Unterscheidung beispielsweise STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND, S. 258: Für den „Gegenbeweis“ reicht es bereits aus, Zweifel an der Richtigkeit der gegnerischen Position zu wecken. „Beweis des Gegenteils“ ist demgegenüber Hauptbeweis und setzt voraus, dass das Gericht von der Richtigkeit des Gegenteils überzeugt ist.

38 EuGH, 16.11.2000, Rs. C-286/98 P – *Stora Kopparbergs Bergslags/Kommission*, Slg. 2000, I-9925, Tz. 29.

39 Das Wort „Gegenbeweis“ wird z.B. verwendet in EuGH, 11.7.2013, Rs. C-440/11 P – *Kommission/Stichting Administratiekantoar Portielje* (noch nicht in der amtlichen Sammlung), Tz. 71.

40 Das Wort „Beweis des Gegenteils“ wird z.B. verwendet in EuGH, 29.9.2011, Rs. C-521/09 P – *Elf Aquitaine/Kommission*, Slg. 2011, I-8947, Tz. 62, 70.

durchsetzung wird schon dadurch erreicht, dass der *Stora*-Vermutung der Rang einer Regel zur Beweiswürdigung eingeräumt wird.⁴¹ Zu ihrer Umstossung sollte es deshalb ausreichen, dass es den betroffenen Gesellschaften gelingt, ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Vermutungsfolge, also dem Bestehen wirtschaftlicher Einheit zu wecken. Der Gerichtshof sollte in diesem Punkt Klarheit schaffen.

Bringen die betroffenen Gesellschaften entsprechende Beweismittel vor, kommt es zum „Wechselspiel der Darlegungslasten“.⁴² Die Europäische Kommission muss die vorgelegten Beweismittel würdigen und hieraus ihre Schlussfolgerungen ziehen. Die europäischen Gerichte stellen hohe Anforderungen an die Begründungspflicht der Europäischen Kommission. Wird die Verantwortlichkeit bestimmter Adressaten auf die *Stora*-Vermutung gestützt, muss die Kommission substantiiert begründen, warum die Widerlegung der Vermutung nicht gelungen ist. In mehreren Fällen wurde das Bussgeld gegen die Muttergesellschaft aufgehoben, weil der Europäischen Kommission bei der Bewertung der von den Unternehmen in diesem Zusammenhang vorgelegten Umstände ein Begründungsmangel unterlaufen war.⁴³

Die inhaltlichen Voraussetzungen an die Widerlegung der Vermutung werden zu präzisieren sein.⁴⁴ Nachdem die europäischen Gerichte eine konsequente Umsetzung der Begründungspflicht angemahnt haben,⁴⁵ wird sich ein Fallrecht hierzu entwickeln. Das Erfordernis eines eigenständigen Marktauftritts ist mit Leben zu füllen, wobei darauf abzustellen ist, dass trotz der Beteiligung ausreichende Distanz besteht, und dass die Tochtergesellschaft trotz des Gruppeninteresses eigene Ziele verfolgt.⁴⁶

E. Sanktionsadressat im europäischen Kartellrecht

Auf der Stufe der Sanktionierung (und überhaupt der Konkretisierung kartellrechtlicher Pflichten in Verfügungen) ist es erforderlich, die kartellrechtliche Verantwortung bestimmten Rechtsträgern zuzuweisen, da nur diesen Verfügungen zugestellt werden können.⁴⁷ Bei Vorliegen wirtschaftlicher Einheit kann nicht nur die direkt verantwortliche Tochtergesellschaft, sondern auch die Muttergesellschaft herangezogen

41 So auch ausdrücklich KOKOTT/DITTERT, 675.

42 KOKOTT/DITTERT, 675.

43 EuGH 20.1.2011, Rs. C-90/09 P – *General Química u.a./Kommission*, Slg. 2011, I-1, Tz. 59-62, 75-80; EuGH, 29.9.2011, Rs. C-521/09 P – *Elf Aquitaine/Kommission*, Slg. 2011, I-8947, Tz. 167 ff.; EuG, 15.9.2011, Rs. T-234/07 – *Koninklijke Grolsch/Kommission*, Slg. 2011, II-6169, Tz. 77-91.

44 S. ausführlich SKOCZYLAS, S. 73 ff.

45 S.o. Fn. 43.

46 S. auch KOKOTT/DITTERT, 678, die als Beispiel den Abschluss von Intragruppengeschäften zu Marktbedingungen nennen. Dieses Kriterium wird allerdings nicht weiterhelfen, soweit *dealing at arm's length* bereits steuerrechtlich vorgeschrieben ist.

47 Dies ist ein „rein praktisches Erfordernis“, so EuGH, 10.4.2014, Verb. Rs. C-231/11 P bis C-233/11 P – *Kommission/Siemens Österreich u.a.* (noch nicht in der amtlichen Sammlung), Tz. 55.

gen werden. Es ist im europäischen Kartellrecht gängige Praxis, dass die Europäische Kommission nach Gesichtspunkten der Zweckmässigkeit entscheidet, wen sie in Anspruch nehmen möchte.⁴⁸ Das kann die Muttergesellschaft oder die betreffende Tochtergesellschaft sein, oder aber beide als Solidarschuldner.⁴⁹ Die Haftung der Muttergesellschaft setzt (in Abwesenheit direkter eigener Tatbeteiligung) die Verantwortlichkeit der Tochtergesellschaft voraus. Wird der Bussgeldbescheid gegen die Tochter ganz oder teilweise aufgehoben, entfällt insoweit auch die Haftung der Mutter.⁵⁰

V. Rechtslage in der Schweiz

A. Ausgangspunkt

Wie das EU-Kartellrecht enthält auch das schweizerische Wettbewerbsrecht keine ausdrückliche Regelung der Konzernproblematik. Auch hier steht aber der Begriff des Unternehmens im Mittelpunkt. Der funktionale Unternehmensbegriff hat sogar Aufnahme in das Gesetz gefunden, Art. 2 Abs. 1^{bis} KG.⁵¹ Auf dieser Grundlage hat sich eine Praxis entwickelt, die sich an das europäische Kartellrecht anlehnt und den Gedanken der wirtschaftlichen Einheit zugrunde legt. Das Bundesverwaltungsgericht hat im *Publigroupe*-Entscheid bestätigt, dass „der Konzern als eine einzige wirtschaftliche Unternehmenseinheit betrachtet“ wird, „sofern die Muttergesellschaft ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten“.⁵² Dies entspricht den beiden im Europäischen Kartellrecht entwickelten Kriterien: Nicht nur die Möglichkeit zur Kontrolle, sondern deren tatsächliche Ausübung ist erforderlich.⁵³ Vermutungen wurden in diesem Zusammenhang noch nicht entwickelt. Das Bundesgericht hat aber ausdrücklich festgestellt, dass die „Anforderungen an die strafrechtliche Zuordnung kartellrechtlich

48 Zum „Wahlrecht“ der Europäischen Kommission s. SKOCZYLAS, S. 71 f., Fn. 278.

49 Die Kommission muss für jeden Gesamtschuldner einen individuellen Höchstbetrag für das Aussenverhältnis festlegen. Die Bestimmung der Anteile der Gesamtschuldner im Innenverhältnis liegt hingegen nicht mehr in ihrem Kompetenzbereich, s. EuGH, 10.4.2014, Verb. Rs. C-231/11 P bis C-233/11 P – *Kommission/Siemens Österreich u.a.* (noch nicht in der amtlichen Sammlung), Tz. 53, 60.

50 EuG, 24.3.2011, Rs. T-382/06 – *Tomkins/Kommission*, Slg. 2011, II-1157, Tz. 38-46; bestätigt durch EuGH, 22.1.2013, Rs. C-286/11 P – *Kommission/Tomkins* (noch nicht in der amtlichen Sammlung).

51 Zum Hintergrund oben Fn. 8.

52 BVGer, 27.4.2010 – *Publigroupe*, RPW 2010/2, 329 (336); Entscheid bestätigt durch BGE 139 I 72 (die hier einschlägige Erwägung 3 ist in der amtlichen Sammlung nicht abgedruckt).

53 S. aber auch das SEKRETARIAT DER WETTBEWERBSKOMMISSION, Schlussbericht vom 10.1.2014 – *Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb)*, das die Frage stellt (und mangels Entscheidungserheblichkeit offen lässt), ob der Übergang vom Leitungs- zum Kontrollprinzip im Konzernrechnungslegungsrecht (s.o. bei Fn. 4) eine entsprechende Änderung im Konzernkartellrecht zur Folge haben sollte, ob also auf das Erfordernis der tatsächlichen Ausübung der Kontrolle in Zukunft zu verzichten sei.

verpönten Verhaltens an juristische Personen, die eine Organisationseinheit bilden, [...] nicht überzogen werden [dürfen], denn sonst liefe die Bestimmung von Art. 49a KG, die vom Normzweck und -charakter her typischerweise auf juristische Personen anwendbar ist, ins Leere.⁵⁴ Es besteht also ein angemessener Spielraum, um auch im Gruppenzusammenhang zu einer effektiven Anwendung des Kartellrechts zu gelangen.

B. Formelle und materielle Verfügungsadressaten

Das Abstellen auf die wirtschaftliche Einheit im Rahmen von Geltungsbereich und materiellem Kartellrecht macht es – wie im europäischen Recht – auf der Ebene der Verfügungen und Sanktionen erforderlich, die rechtlichen Einheiten zu bestimmen, denen die Rechtsfolgen konkret zuzuordnen sind. Im schweizerischen Recht wurde zu diesem Zweck die Unterscheidung zwischen Verfügungsadressaten im materiellen Sinn und im formellen Sinn entwickelt: „Verfügungsadressaten im materiellen Sinn sind diejenigen (natürlichen oder juristischen) Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll. [...] Demgegenüber sind Adressaten im formellen Sinne diejenigen Rechtssubjekte, welche die Verfügung zugestellt erhalten, ohne selbst von der Regelung der Verfügung unmittelbar betroffen zu sein.“⁵⁵

Hieraus wird teilweise abgeleitet, dass im Konzern nur die Muttergesellschaft Verfügungsadressatin im materiellen Sinn sei, während die Tochtergesellschaften lediglich als Verfügungsadressaten im formellen Sinne zu behandeln seien. Zwar würden deren Interessen berührt, ohne dass aber ihre Rechte und Pflichten geordnet würden. Die Sanktion sei deshalb allein der Muttergesellschaft aufzuerlegen.⁵⁶ Die Praxis ist aber uneinheitlich.⁵⁷

C. Diskussion

Der derzeitige Rechtszustand ist unbefriedigend. Schon der Ausgangspunkt der Unterscheidung zwischen materiellen und formellen Verfügungsadressaten vermag nicht zu überzeugen.⁵⁸ Man stelle sich nur die Standardsituation eines Kartells vor, an dem

54 BGE 139 I 72, E. 3.4 (diese Erwägung ist nicht in der amtlichen Sammlung abgedruckt).

55 BVGer, 27.4.2010 – *Publigroupe*, RPW 2010/2, 329 (336); Entscheid bestätigt durch BGE 139 I 72 (die hier einschlägige Erwägung 3 ist in der amtlichen Sammlung nicht abgedruckt).

56 S. BVGer, 27.4.2010 – *Publigroupe*, RPW 2010/2, 329 (337); Entscheid bestätigt durch BGE 139 I 72 (die hier einschlägige Erwägung 3 ist in der amtlichen Sammlung nicht abgedruckt); in diesem Sinn auch TAG-MANN/ZIRLICK, BSK-KG Art. 49a N 98.

57 S. die umfassende Bestandesaufnahme bei SKOCZYLAS, S. 107 ff.

58 Auch terminologisch steht das Begriffspaar auf tönernen Füßen: Schliesslich muss auch den Verfügungsadressaten im materiellen Sinn die Verfügung formell zugestellt werden.

eine Tochtergesellschaft beteiligt ist, und für das auch die Muttergesellschaft aufgrund des Nachweises wirtschaftlicher Einheit zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft haftet. Warum sollte nur die Muttergesellschaft Verfügungsadressatin im materiellen Sinn sein, wenn doch auch der Tochtergesellschaft die weitere Beteiligung an dem kartellrechtswidrigen Verhalten zu untersagen ist? Es ist also dringend erforderlich, in der Verfügung auch die Pflichten der Tochtergesellschaft zu regeln, was den Kern der Definition des Verfügungsadressaten im materiellen Sinn ausmacht.

Abgesehen von dieser grundlegenden konzeptionellen Schwäche ist die Unterscheidung zwischen (sanktionierbaren) Verfügungsadressaten im materiellen Sinn und (nicht sanktionierbaren) Verfügungsadressaten im formellen Sinn auch unzweckmässig. In Fällen mit Auslandsbezug ist es legitim, gegen eine Konzerngesellschaft mit Sitz im Inland vorzugehen und auf ein Verfahren gegen Konzerngesellschaften mit Sitz im Ausland zu verzichten, wenn dies zu aufwendig ist oder unverhältnismässige Schwierigkeiten beim Verfahren oder der Durchsetzung allfälliger Entscheide drohen. Es sollte also möglich sein, ein Verfahren (nur) gegen die inländische Tochtergesellschaft durchzuführen und diese gegebenenfalls auch zu sanktionieren.

Die gleichzeitige Sanktionierbarkeit von Mutter- und Tochtergesellschaften ist überdies für den Fall von Bedeutung, dass die Rechtsmittelinstanzen in der Frage der wirtschaftlichen Einheit zu einem anderen Ergebnis gelangen als die Behörde. Steht für das Gericht zwar fest, dass die Tochtergesellschaft an einem Kartell beteiligt war, verneint es aber das Vorliegen wirtschaftlicher Einheit, käme es zur Sanktionslosigkeit, wenn die Behörde nur die Muttergesellschaft sanktioniert hätte. Hat die Behörde demgegenüber das Recht, Mutter- und Tochtergesellschaft in Anspruch zu nehmen, bleibt zumindest die Sanktion gegen die Tochtergesellschaft aufrechterhalten, was das einzig überzeugende Ergebnis darstellt, wenn deren Beteiligung am Kartell zweifelsfrei feststeht.

Aus diesen Gründen sollte der Wettbewerbsbehörde Flexibilität bei der Wahl der Sanktionsadressaten eingeräumt werden und insofern dem europäischen Kartellrecht gefolgt werden.⁵⁹ Bei Sanktionierung mehrerer Gesellschaften desselben Konzerns für dieselbe Tat haften diese Gesellschaften solidarisch. Die Begriffe der formellen und materiellen Verfügungsadressaten sollten fallen gelassen werden⁶⁰ und durch das Begriffspaar von Norm- und Sanktionsadressat ersetzt werden.

59 MARTENET/HEINEMANN, S. 63 Fn. 215.

60 So der überzeugende Vorschlag von SKOCZYLAS, S. 119. Anders als oben im Text spricht sich die Autorin allerdings dafür aus, direkte Sanktionen in erster Linie der Muttergesellschaft aufzuerlegen (ausser wenn das abhängige Unternehmen „über ein gewisses Mindestmass an Autonomie verfügt“), s. ibid., S. 128.

VI. Stellenwert von Compliance-Programmen

In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass der Schuldvorwurf entfalle, wenn ein Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, um Verstösse gegen das Kartellrecht durch seine Mitarbeiter zu verhindern. Dabei wird insbesondere an den Fall gedacht, dass das Unternehmen ein Compliance-Programm eingerichtet hat, das auch über eine wettbewerbsrechtliche Komponente verfügt.⁶¹ Vorausgesetzt wird, dass das Compliance-Programm strengen inhaltlichen Anforderungen genügt, also *de lege artis* ist.⁶²

Der Lehre vom Organisationsverschulden steht das Konzept der direkten Zurechnung entgegen.⁶³ Hiernach wird das Verschulden von Mitarbeitern dem Verband ohne Berücksichtigung eines Organisationsverschuldens zugeordnet. GÜNTER HEINE und ROBERT ROTH haben in ihrem Gutachten zur Kartellrechtsrevision eine eingehende Begründung für direkte Zurechnung vorgelegt. Im Kartellrecht liege der Schwerpunkt der Verantwortlichkeit nicht auf dem Organisationsversagen, sondern auf dem Kartellverstoss, was dessen Einstufung als blosser Ahndungsbedingung wie in Art. 102 StGB verbiete. Einer unzulässigen Strapazierung der einschlägigen Zurechnungsgrundsätze sei durch eine stärkere Individualisierung entgegenzuwirken. Im Ergebnis solle die Vorwerfbarkeit mit unerlaubter kollektiver Risikoschaffung durch das Unternehmen in Verbindung gebracht werden.⁶⁴

Diese Auffassung erscheint vorzugswürdig. Wenn man von der Verantwortlichkeit der wirtschaftlichen Einheit ausgeht, verbietet sich eine Verabsolutierung des Organisationsverschuldens.⁶⁵ Aus der Wirkungslosigkeit eines Compliance-Programms folgt zwar nicht zwingend dessen Mangelhaftigkeit. Diese ist aber für die Verantwortlichkeit der wirtschaftlichen Einheit keine notwendige Bedingung. Ein vollständiger Wegfall der direkten Sanktion bei kunstgerechter Compliance würde die angestrebte Abschreckungswirkung zerstören. Auch würde Sanktionsfreiheit die Motivation zur Inanspruchnahme der Bonusregelung beeinträchtigen. Ausreichende Anreize zur Ein-

61 NIGGLI/RIEDO, BSK-KG Vor Art. 49a-53 KG N 144 ff.; HOFSTETTER/LUDESCHER, 63 ff.; GEHRING/KASTEN/MÄGER, 11: „Enthftung oder jedenfalls eine Bussgeldminderung“.

62 Zu den Anforderungen an die Kunstgerechtigkeit eines Compliance-Programms s. z.B. KELLERHALS; WEBER 2008, 126 ff. Es sei ergänzt, dass zu einer kunstgerechten Compliance auch gehören sollte, dass das betreffende Unternehmen die verantwortlichen Individuen identifiziert, Schadenersatzansprüche gegen sie geltend macht und von Kündigungsrechten Gebrauch macht. Allgemein dürfen keine Zielvorgaben gesetzt werden, die zu Kartellverstössen verleiten oder gar nur durch wettbewerbswidrige Praktiken erreicht werden können.

63 Vgl. TAGMANN/ZIRLICK, BSK-KG Art. 49a N 10.

64 HEINE/ROTH, S. 11 ff.

65 S. auch die Botschaft vom 22.2.2012 zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde, BBl 2012, 3905 (3931): „Der Nachweis eines Organisationsverschuldens ist weiterhin keine Voraussetzung dafür, dass ein Unternehmen nach Artikel 49a KG für einen KG-Verstoss sanktioniert werden kann“.

richtung eines Compliance-Programms bestehen auch dann, wenn sachdienliche Massnahmen zur Vermeidung von Kartellrechtsverstössen sanktionsmindernd honoriert werden.⁶⁶ Ganz in diesem Sinn hat der Bundesrat im Rahmen der KG-Revision vorgeschlagen, adäquate Compliance-Anstrengungen bussgeldmindernd, aber nicht exkulpierend anzurechnen.⁶⁷ Der Nachweis adäquater Compliance ist – wie vom Bundesrat vorgeschlagen – vom betreffenden Unternehmen zu führen, da alle relevanten Umstände in der Sphäre des Unternehmens liegen.⁶⁸

Für die Konzernproblematik folgt hieraus, dass ein kunstgerechtes Compliance-Programm die Verantwortlichkeit des Unternehmens als Normadressaten nicht ausschliesst, aber u.U. zu einer Minderung der direkten Sanktion gegenüber den Sanktionsadressaten, also auch der Muttergesellschaft führt.

VII. Ausblick

Die Haftung des Konzerns bei Vorliegen wirtschaftlicher Einheit ist im Interesse einer effektiven Kartellrechtsdurchsetzung geboten.⁶⁹ Zu stark wären sonst die Anreize, kartellgeneigte Tätigkeiten in Tochtergesellschaften zu verlagern, um das Bussenrisiko zu mindern. Die entsprechende Praxis in der EU und in der Schweiz ist deshalb grundsätzlich zu unterstützen. Allerdings stellt sich die Frage, ob es nicht empfehlenswert wäre, eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der kartellrechtlichen Konzernproblematik zu treffen. Auch wenn die grosse praktische Bedeutung dafür spricht, ist nicht zu verkennen, dass der politische Wille zur Regelung konzernrechtlicher Fragen schwach ist.⁷⁰ Deshalb wird es auch in Zukunft die Aufgabe der Behörden und Gerichte sein, zu einer sachgemässen Ausgestaltung der relevanten Grundsätze zu gelangen. Dies betrifft beispielsweise die Anforderungen an das Vorliegen wirtschaftlicher Einheit, den Status von Finanzinvestitionen und die Haftung für Gemeinschaftsunternehmen. Eine angemessene Lösung wird nur dann gelingen, wenn nicht Grundsätze aus anderen Rechtsgebieten unbesehen übernommen, sondern die Probleme aus einer spezifisch kartellrechtlichen Perspektive angegangen werden.

66 So z.B. auch WEBER 2012, S. 204 f.

67 Der vom Bundesrat vorgeschlagene Art. 49a Abs. 2 S. 3 E-KG lautet: „Vorkehrungen zur Verhinderung von Verstössen gegen das Kartellgesetz, die das Unternehmen getroffen hat und die seiner Grösse, Geschäftstätigkeit und der Branche angemessen sind, sind sanktionsmindernd zu berücksichtigen, wenn sie vom Unternehmen nachgewiesen werden“.

68 Zur Vereinbarkeit sachgemässer Verlagerungen der Beweislast mit der Unschuldsvermutung s.o. bei Fn. 35.

69 Zur kartellzivilrechtlichen Konzernhaftung s. HEINEMANN, S. 153 ff.

70 In der Botschaft zur KG-Revision (oben Fn. 65) kommt der Begriff „Konzern“ nicht vor.

Literatur

- ACKERMANN THOMAS 2010: Prävention als Paradigma: Zur Verteidigung eines effektiven kartellrechtlichen Sanktionssystems, ZWeR 2010, 329-352.
- AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.) 2010: Basler Kommentar Kartellgesetz, Basel.
- BÖCKLI PETER 2014: Konzern und Konzerninteresse aus dem Blickwinkel des Einordnungskonzepts, in Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich, Basel, Genf, S. 203-245.
- BOURKE JAMES 2009: Parental Liability for Cartel Infringements, GCP: The Anti-trust Chronicle, November 2009 (Release 1), 1-7.
- GEHRING STEFAN/KASTEN BORIS/MÄGER THORSTEN 2013: Unternehmensrisiko Compliance? Fehlanreize für Kartellprävention durch EU-wettbewerbsrechtliche Haftungsprinzipien für Konzerngesellschaften, CCZ 2013, 1-11.
- HEINE GÜNTER/ROTH ROBERT 2011: Kartellrechtsrevision 2010: Rechtsgutachten zu Fragen der Sanktionierung natürlicher Personen und Unternehmen, Rechtsgutachten im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, Grundlagen der Wirtschaftspolitik Nr. 20, Bern.
- HEINEMANN ANDREAS 2014: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen für Kartellverstöße, in Rolf Sethe/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII, Zürich, Basel, Genf, S. 135 – 163.
- HILTY RETO M./ARPAGAU RETO (Hrsg.) 2013: Basler Kommentar – Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel.
- HOFSTETTER KARL/LANG RENATE 2013: Konzern(mutter)haftung, in: Peter V. Kunz/Oliver Arter/Florian S. Jörg (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VIII, Bern, S. 231-249.
- HOFSTETTER KARL/LUDESCHER MELANIE 2010: Fines Against Parent Companies in EU Antitrust Law: Setting Incentives for 'Best Practice Compliance', 33 World Competition 55-76.
- IMMENG ULRICH/MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM (Hrsg.) 2012: Wettbewerbsrecht, Band 1. EU/Teil 1 – Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 5. Aufl., München.
- KELLERHALS ANDREAS 2009, Compliance im Wettbewerbsrecht, in Peter V. Kunz/Dorothea Herren/Thomas Cottier/René Matteotti (Hrsg.), Wirtschaftsrecht in Theorie und Praxis – Festschrift für Roland von Büren, Basel, S. 535-549.
- KERSTING CHRISTIAN 2011: Wettbewerbsrechtliche Haftung im Konzern, Der Konzern 2011, 445-459.

- KÖHLER HELMUT 2011: EU-Kartellgeldbussen gegen Mutter- und Tochtergesellschaft: Gesamtschuldnerische Haftung und Ausgleich im Innenverhältnis, WRP 2011, 277-287.
- KOKOTT JULIANE/DITBERT DANIEL 2012: Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte, WuW 2012, 670-683.
- MARTENET VINCENT/BOVET CHRISTIAN/TERCIER PIERRE (Hrsg.) 2013: Commentaire Romand – Droit de la concurrence, 2. Aufl., Basel.
- MARTENT VINCENT/HEINEMANN ANDREAS 2012: Droit de la concurrence, Genf, Zürich, Basel.
- SKOCZYLAS ANNA-ANTONINA 2011: Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstösse im Konzern im schweizerischen und europäischen Recht, Bern.
- STAEHELIN ADRIAN/STAEHELIN DANIEL/GROLIMUND PASCAL 2008: Zivilprozessrecht, Zürich, Basel, Genf.
- THOMAS STEFAN 2011: Der Schutz des Wettbewerbs in Europa – welcher Zweck heiligt die Mittel? JZ 2011, 485-495.
- VON BÜREN ROLAND/STOFFEL WALTER A./WEBER ROLF H. 2011: Grundriss des Aktienrechts – Mit Berücksichtigung der laufenden Revision, 3. Aufl., Zürich, Basel, Genf.
- WEBER ROLF H. 2008: Verantwortlichkeit der Unternehmensorgane für regulatorische Interventionen, in Rolf H. Weber/Peter R. Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zürich, S. 115-145.
- WEBER ROLF H. 2012: Sanktionsminderung dank Compliance-Massnahmen, in Roger Zäch/Rolf H. Weber/Andreas Heinemann (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes – Kritische Würdigung der Botschaft 2012 durch Zürcher Kartellrechtler, Zürich, S. 189-208.
- ZÄCH ROGER 2005: Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern.

